

RÉGIMEN DE LA ACCIÓN CIVIL EN LOS PROCESOS PENALES POR EL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES*

Fernando GASCÓN INCHAUSTI

Sumario. **I.** EL CONTENIDO DE LA ACCIÓN CIVIL EN LOS PROCESOS PENALES POR EL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES: **1.** Introducción. **2.** La nulidad del negocio jurídico en que se materializó el alzamiento de bienes. **3.** La posibilidad de indemnizar adicionalmente daños y perjuicios. **4.** La condena al pago de la deuda. **5.** Indemnización de daños y perjuicios a título principal. **6.** *Iura novit curia* y ofrecimiento de acciones. — **II.** EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL: **7.** Cuestiones generales. **8.** Eficacia de la renuncia y de la reserva. **9.** Litisconsorcio pasivo necesario y sujetos no acusados. **10.** Principio de justicia rogada, error en el contenido de la acción y reserva “tácita” de acciones. **11.** Indemnización de daños y perjuicios y condena con reserva. **12.** Tutela cautelar; la anotación preventiva de querrela.

I. EL CONTENIDO DE LA ACCIÓN CIVIL EN LOS PROCESOS PENALES POR EL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES.

1. Introducción. El art. 257.1 CP castiga con pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien “se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores” (apdo. 1º) y a “quien, con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación” (apdo. 2º). Se trata de un precepto que, a pesar de acoger la clásica redacción del art. 519 del anterior CP (“El que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores...”), también la complementa, al precisar con mayor detalle las posibles conductas susceptibles de calificarse como alzamiento de bienes –recogiendo en este punto las aportaciones formuladas por doctrina y jurisprudencia al interpretar la escueta formulación del texto legal anterior¹–.

A los solos efectos recapitulatorios, merece recordarse cómo el núcleo de este delito consiste en la elusión de los deberes que se derivan del art. 1911 CC, mermando la garantía patrimonial de las obligaciones, y defraudando las

* Publicado en *Tribunales de Justicia*, 2002-2, pp. 1-19.

¹ Sobre el delito de alzamiento de bienes, a título monográfico, cfr. MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona, 1971, 2ª ed. 1999; QUINTERO OLIVARES, *El alzamiento de bienes*, Barcelona, 1973, y también en “Comentario al art. 257”, en *Comentarios al Nuevo Código Penal* (dir. Quintero), Pamplona, 1996.

perspectivas o las posibilidades de cobro de uno o varios acreedores (y ello con independencia de la naturaleza del crédito, como se encarga de recordar el art. 257.2 CP, y al margen también de que ese alzamiento conduzca posteriormente a la apertura de un proceso concursal –art. 257.3 CP–).

Por lo que se refiere a la conducta típica, existe una primera acepción del término “alzamiento”, consistente en la ocultación física de los bienes integrantes del patrimonio responsable (acompañada o no de la propia ocultación del deudor). Sin embargo, al menos en los tiempos presentes, el delito de alzamiento de bienes suele materializarse a través de la celebración de diversos negocios jurídicos de disposición o de gravamen sobre el patrimonio responsable.

a) Así, en primer término, la conducta típica puede actualizarse a través de ciertos negocios de disposición, como contratos de venta, donaciones, aportaciones a entes societarios, o la propia disolución del régimen de gananciales seguida de la liquidación en favor del cónyuge no deudor: en estos casos, se trata de vaciar de contenido el patrimonio del deudor, de manera que no haya para el acreedor sustrato sobre el que proyectar, en último término, su actividad ejecutiva.

b) Pero el delito de alzamiento de bienes también puede cometerse con la celebración de ciertos actos de gravamen sobre los bienes del deudor, como son las hipotecas o las servidumbres: en estos casos se constituyen sobre los bienes del deudor ciertas cargas que, en definitiva, absorben su valor económico y hacen también ilusoria cualquier posibilidad de cobro con el producto que pudiera extraerse de su enajenación forzosa. Tanto unos como otros se pueden calificar de negocios jurídicos fraudulentos, en la medida en que, según exige el Código Penal, han de celebrarse en perjuicio de los acreedores para que pueda hablarse propiamente de delito de alzamiento de bienes.

La condición de perjudicado por el delito (y de titular, por consiguiente, de la eventual acción de responsabilidad civil que de tales conductas se derive) le corresponde al acreedor o acreedores en perjuicio de quienes se actuó, y cuyos créditos serán posiblemente de cobro más difícil –si no quimérico– a resultas del alzamiento. El bien jurídico lesionado es así el patrimonio de dicho acreedor o acreedores, como se deduce de la ubicación sistemática del art. 257 CP, que forma parte del Título XIII del Libro II CP, dedicado genéricamente a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Ahora bien, como se ha puesto de relieve por el Tribunal Supremo en alguna ocasión², el delito de alzamiento de bienes atenta contra la vertiente económica del patrimonio, y no tanto contra su vertiente jurídica: no conduce a la desaparición de elementos jurídicos como tales de la masa de bienes y derechos que integran el patrimonio, esto es, no produce la extinción de derechos subjetivos; lo que ocurre es que priva de significado económico a algunos de estos elementos, en concreto a los derechos de crédito cuya satisfacción práctica se tornará más que dudosa como

² Cfr. STS de 23 de marzo de 1991 (RAJ 2358).

consecuencia de la situación –real o aparente– de insolvencia en que se plasma la materialización del delito.

Desde una perspectiva estrictamente privada o civil, las consecuencias del delito de alzamiento de bienes se traducen en una mayor dificultad para hacer efectivo el cobro de uno o varios créditos, que deben presumirse insatisfechos. Ahora bien, es evidente que lo que se sanciona por el Código Penal en el art. 257 no es la falta de pago en sí misma considerada –como puede suceder en determinadas modalidades del delito de estafa–, sino la creación de la situación de insolvencia –real o aparente– destinada a perjudicar a uno o varios acreedores (y por eso, dentro del Título XIII del Libro II CP, el alzamiento se regula dentro del Capítulo VII, que lleva por rúbrica “De las insolvencias punibles”).

Los anteriores son datos de especial relevancia a la hora de determinar cuál puede ser el contenido de la acción civil derivada de aquellas conductas que, desde la óptica penal, pueden conceptuarse como delito de alzamiento de bienes.

En efecto, en términos generales, establece el Código Penal en su art. 110 que el contenido de esta acción lo pueden integrar alguna o varias de las siguientes pretensiones: 1º. La restitución; 2º. La reparación del daño; 3º. La indemnización de perjuicios materiales y morales. El contenido de cada una de estas posibles pretensiones se desarrolla y se precisa, respectivamente, en los arts. 111, 112 y 113 CP, que son normas de naturaleza estrictamente civil, a pesar de su ubicación en el texto penal³.

Pues bien, lo cierto es que no resulta del todo fácil determinar *a priori* hasta qué punto del delito de alzamiento de bienes puede nacer alguna acción civil susceptible de encaje dentro de las precitadas categorías: en efecto, ni el acreedor ha sido privado de bien o cosa alguna que pueda restituírsele; ni se le ha producido directamente daño que deba repararse; ni siempre podrá hablarse de perjuicios susceptibles de indemnización. No obstante, es indudable que su situación, desde un prisma estrictamente civil, no es la misma antes y después de la comisión del delito de alzamiento de bienes: con anterioridad era un acreedor que contaba en favor de su crédito con la garantía patrimonial genérica del art. 1911 CC; cometido el alzamiento, sigue siendo acreedor, pero ha perdido –en todo o en parte– esa garantía. Y tampoco puede descartarse que la pérdida de esa garantía haya sido precisamente la causa de ciertos daños y perjuicios.

En la práctica ha sido la jurisprudencia la que, con gran claridad, ha venido marcando las pautas sobre el posible contenido de la responsabilidad civil *ex delicto* en el caso del alzamiento de bienes, y lo ha hecho de forma ciertamente singular, singularidad que es la causa de las presentes páginas.

2. La nulidad del negocio jurídico en que se materializó el alzamiento de bienes. En efecto, una línea jurisprudencial muy clara de la Sala Segunda del

³ En este punto apenas si se aprecian diferencias sustanciales con lo regulado en los arts. 101 a 104 del Código Penal anterior.

Tribunal Supremo, cuya primer representante parece ser la Sentencia de 16 de noviembre de 1971⁴, y que es retomada ya sin fisuras a partir de la Sentencia de 4 de noviembre de 1981⁵, viene entendiendo que el contenido de la acción civil “nacida” de los delitos de alzamiento de bienes consiste precisamente en la *restauración* en el plano civil del orden jurídico lesionado, del estado de cosas previo a la comisión del delito, trayendo de nuevo al patrimonio del deudor delincuente los bienes y derechos que salieron indebidamente de él como consecuencia de las conductas en que se materializó el delito de alzamiento de bienes. Se trata, en definitiva, de restablecer la situación de solvencia previa a la comisión del delito: se consigue así una recomposición del patrimonio del deudor (autor del delito de alzamiento de bienes), sobre el que podrá proyectarse la actividad del acreedor conforme a los cauces que tenga a su disposición. Y es evidente que para conseguir lo anterior ha de pasarse por la previa declaración de nulidad de los negocios jurídicos cuya celebración condujo a la apreciación del alzamiento⁶, con las consiguientes anulaciones de escrituras públicas y, sobre todo, acompañada de la cancelación de las inscripciones en Registros Públicos que traigan su causa del negocio declarado nulo⁷: porque consecuencia de la

⁴ RAJ 5204.

⁵ RAJ 4289.

⁶ Además de las dos sentencias mencionadas, y sin ánimo de exhaustividad –aunque sí con la intención de poner de relieve lo asentado de esta corriente–, cfr. las SSTs de 18 de junio de 1999 (RAJ 4142), 12 de julio de 1996 (RAJ 6067), 24 de septiembre de 1993 (RAJ 6789), 26 de marzo de 1993 (RAJ 2584), 14 de octubre de 1992 (RAJ 8197), 12 de junio de 1992 (RAJ 5213), 1 de julio de 1991 (RAJ 5483), 23 de marzo de 1991 (RAJ 2358), 27 de septiembre de 1990 (RAJ 7254), 27 de junio de 1990 (RAJ 5718), 15 de junio de 1990 (RAJ 5314), 22 de diciembre de 1989 (RAJ 9748), 19 de enero de 1988 (RAJ 386), 25 de mayo de 1987 (RAJ 3123), 9 de mayo de 1986 (RAJ 2433), 14 de diciembre de 1985 (RAJ 6326), 14 de marzo de 1985 (RAJ 3857), 11 de junio de 1984 (RAJ 3539) o 30 de diciembre de 1983 (RAJ 6764).

El reflejo de esta tendencia es también visible en la jurisprudencia *menor*: cfr. SS AP Asturias, Sección 2ª, de 16 de diciembre de 1999 (ARP 5470), AP Barcelona, Sección 3ª, de 20 de octubre de 1999 (ARP 3321), AP Sevilla, Sección 3ª, de 19 de mayo de 1999 (ARP 1886), AP Ciudad Real, Sección 2ª, de 24 de febrero de 1999 (ARP 1441), AP Zaragoza, Sección 3ª, de 11 de septiembre de 1998 (ARP 3884), AP Barcelona, Sección 6ª, de 2 de junio de 1998, (ARP 3585), AP Baleares, Sección 1ª, de 24 de junio de 1998 (ARP 3348), AP Baleares, Sección 1ª, de 5 de febrero de 1998 (ARP 1031), AP Madrid, Sección 6ª, de 5 de febrero de 1998 (ARP 923) o AP Ávila de 31 de octubre de 1995 (ARP 1402).

En doctrina, cfr. ALONSO MONTERO, “La nulidad de las enajenaciones fraudulentas en el delito de alzamiento de bienes”, *La Ley*, 1988-1, págs. 1061-1069.

⁷ En relación con esto, es de capital importancia recordar la vigencia del art. 38 II LH (“... no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente...”); quien ejercite la acción civil de nulidad, por tanto, tiene la carga de demandar también la cancelación de inscripciones registrales –en caso de que el negocio versara sobre inmuebles–. Sobre las consecuencias negativas de este olvido, cfr. la RDGRN de 29 de diciembre de 1999 (RAJ 9427), en un supuesto

declaración de nulidad es el regreso a la esfera jurídica del deudor de los bienes y derechos integrantes de su patrimonio (art. 1303 CC).

La opción de la Sala Segunda del Tribunal Supremo no deja, sin embargo, de generar cierta perplejidad si se analiza con detenimiento: al fin y al cabo, lo habitual es que las conductas delictivas generen relaciones jurídico-civiles que ligan al perjudicado por el delito exclusivamente con el delincuente –y/o con quienes, además de éste, son responsables civiles directos o subsidiarios–. Sin embargo, el carácter negocial de las conductas en que se plasma el delito de alzamiento de bienes genera una relación cuando menos tripartita, pues también se ve involucrado un tercer sujeto, aquél con quien se celebró el negocio jurídico fraudulento, y que no siempre será responsable de conducta punible alguna. Y es que la declaración de nulidad se produce respecto de negocios jurídicos celebrados entre el acusado y terceras personas (diversas del acreedor perjudicado), a quienes no tiene por qué alcanzar la acción penal, pero que sí lo serán por la acción civil –y en breve comprobaremos las consecuencias procesales que de esto pueden derivarse–.

Por otra parte, y a juicio de la jurisprudencia, a efectos de su encaje en las categorías del art. 110 CP, este proceder puede considerarse como una subespecie de la “reparación” o de la “restauración” en que, se suele decir, consiste en definitiva el objetivo perseguido a través del ejercicio de la acción civil *ex delicto*⁸. Sin embargo, debe reconocerse que han de forzarse los conceptos para encajar esta concreta acción dentro de las previstas en el Código Penal:

a) En primer término, porque a través de esta declaración de nulidad no se produce una restitución en sentido propio: es cierto que, como efecto de la declaración de nulidad, se “restituyen” bienes al patrimonio del deudor, pero es evidente que no se trata de la restitución de la cosa objeto del delito a que se refiere el art. 111 CP, dado que los bienes se restituyen al patrimonio del delincuente condenado, y no al del perjudicado por el delito; no obstante, no son escasas las resoluciones en que a la acción de declaración de la nulidad negocial se le ha ofrecido este encaje legal⁹.

b) Tampoco puede hablarse del carácter indemnizatorio de esta acción (art. 113 CP), si se tiene nuevamente en cuenta que a través de ella no se entrega al perjudicado suma de dinero alguna destinada a compensarle del perjuicio padecido como consecuencia del delito.

precisamente de nulidad de negocio traslativo de dominio sobre inmuebles acordada en sentencia penal tras proceso por delito de alzamiento de bienes.

⁸ La STS de 19 de enero de 1988 (RAJ 386) habla de “reparación extendida [*sic*] en su más amplia acepción”.

⁹ Cfr. SSTS de 22 de diciembre de 1989 (RAJ 9748), de 27 de junio de 1990 (RAJ 5718) o de 24 de septiembre de 1993 (RAJ 6789).

c) Por eso, la única posibilidad consiste en dar acomodo a esta acción de nulidad dentro de la noción de reparación del daño, aunque –como venimos apuntando– no se trata de un encaje sencillo, pues fuerza a pasar muy por encima del tenor literal del art. 112 CP, que habla de “obligaciones de dar, hacer y no hacer” como contenido más genuino de la reparación (esto es, de “condenas”), siendo así que de la declaración de nulidad debe predicarse un carácter meramente declarativo. No obstante, puede aducirse que la de declaración de la nulidad del negocio jurídico es la acción en abstracto más apta para *reparar* de la forma más perfecta los efectos propios del delito de alzamiento de bienes desde una perspectiva civil, por cuanto es idónea para hacerlos desaparecer en un plano estrictamente privado: declarando nulos los negocios celebrados en perjuicio de acreedores se recupera la situación de solvencia anterior al delito, y se coloca a éstos en la posición que tenían previamente a su comisión, quedando así reparado el daño consistente en la pérdida de solvencia de su deudor.

En definitiva, si las acciones civiles *ex delicto* van encaminadas, genéricamente, a eliminar en la medida de lo posible las consecuencias jurídico-privadas desfavorables producidas con ocasión de la comisión de hechos delictivos, no existen argumentos para considerar inadmisibile la construcción efectuada en este punto por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: aunque no encaje de forma exacta dentro de las disposiciones del Código Penal, la acción de nulidad negocial es compatible con la finalidad perseguida por el legislador en este punto y debe, por ende, considerarse ejercitable a resultas de la comisión de un alzamiento de bienes.

En cualquier caso, hay que entender que está operando el Alto Tribunal una importante extensión en el ámbito de los pronunciamientos civiles que consiente efectuar al tribunal penal. De hecho, es tradicional la crítica doctrinal a un pretendido desbordamiento jurisprudencial de los estrechos límites que a las acciones civiles *ex delicto* establece el CP, interpretado asimismo de forma restrictiva¹⁰.

Ha de recordarse, por otra parte, cómo no sería éste el único supuesto en que es posible superar el tenor de lo dispuesto en el Código Penal a la hora de

¹⁰ En este sentido se han pronunciado, entre otros, FENECH NAVARRO, *El proceso penal*, 4ª ed., Madrid, 1982, págs. 167 y sigs.; GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Penal* (con HERCE QUEMADA), 10ª ed., Madrid, 1986, pág. 100; DE LA OLIVA, *Derecho Procesal Penal* (con ARAGONESES MARTÍNEZ, HINOJOSA SEGOVIA, MUERZA ESPARZA y TOMÉ GARCÍA), 4ª ed., Madrid, 1999, pág. 245; GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional. III. Proceso Penal* (con MONTERO AROCA, MONTÓN REDONDO y BARONA VILAR), 8ª ed., Valencia, 1999, pág. 110; y FONT SERRA, *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, Madrid, 1991, págs. 19-22, quien matiza que no estamos, en supuestos como éste, ante verdaderos casos de responsabilidad civil *ex delicto*, sino dentro de la categoría más amplia de las consecuencias jurídico-civiles del delito. No parece, sin embargo, encontrar especiales objeciones a este resultado GIMENO SENDRA; cfr. *Derecho Procesal Penal* (con MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ), 2ª ed., Madrid, 1997, pág. 227.

admitir contenidos “singulares” a las acciones civiles *ex delicto*. El ejemplo más claro es el del art. 193 CP, que ordena a los tribunales penales pronunciarse, en las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, sobre la filiación y la fijación de alimentos. En virtud del art. 216 CP, hay que entender que en los delitos de injuria y calumnia la reparación del daño comprende también la divulgación o publicación de la sentencia condenatoria; y lo mismo prevé el art. 288 CP para ciertos delitos relativos al mercado y a los consumidores. Al amparo del art. 319.3 CP, en los casos de delitos contra la ordenación del territorio (v.g., construcciones no autorizadas), los jueces podrán mandar la demolición de la obra a cargo del autor del hecho, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. Por su parte, el art. 339 CP permite imponer al responsable de un delito contra el medio ambiente la asunción de los costes de las medidas necesarias para reparar el equilibrio ecológico. Y, de forma aún más clara, el art. 272.1 CP establece, para los delitos contra la propiedad intelectual, que “la extensión de la responsabilidad civil (...) se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios”; previsión ésta que se complementa con el art. 143 LPI, que también permite la adopción en el marco del proceso penal, como medidas cautelares, de las previstas en su art. 141, conforme a lo dispuesto en la LEC.

Ahora bien, aunque se trate de una acción apta para la *reparación del daño*, tampoco pueden ignorarse las serias dudas que plantea dicha acción, tanto desde una perspectiva procesal como desde el terreno del Derecho privado. Centrándonos por ahora en esta segunda cuestión, hemos de ver si en este punto la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha creado una acción nueva, si se ha limitado a permitir el ejercicio en el proceso penal de una acción preexistente, o bien si lo que ha hecho ha sido conceder legitimación extraordinaria para el ejercicio de una acción preexistente.

Es irrefutable que en nuestro Ordenamiento las acciones no tienen por qué ser típicas para resultar admisibles; ahora bien, es también indudable que la determinación de su naturaleza jurídica es de primera utilidad a la hora de efectuar su estudio y de analizar su régimen —máxime cuando podemos hallarnos ante construcciones jurisprudenciales, formuladas al margen de lo previsto expresamente por el legislador en los textos positivos—.

Empecemos, pues, por señalar los elementos a través de los cuales el Tribunal Supremo ha caracterizado a esta acción, y que se pueden reconducir a los tres siguientes:

- 1º. Es una acción declarativa de la nulidad de un negocio jurídico.
- 2º. Es una acción que corresponde ejercitar a quien no fue protagonista del negocio jurídico, pero se ha visto perjudicado por sus consecuencias.
- 3º. Es una acción que no debe prosperar cuando el tercero con quien celebró el negocio el sujeto penalmente responsable del alzamiento de bienes lo

sea “de buena fe”¹¹. A *fortiori*, se entiende que sólo es admisible cuando se aprecie algo análogo al *consilium fraudis*, el conocimiento del carácter delictivo del negocio jurídico.

Interpretando estos datos y traduciéndolos a las categorías acuñadas por la doctrina civilista, podría pensarse que en el fondo lo que está permitiendo la jurisprudencia es la rescisión (que no nulidad) de los negocios jurídicos¹². Esta tesis vendría abonada, al menos, por los siguientes extremos:

a) Se está atacando o impugnando un negocio jurídico por su carácter fraudulento (= perjudicial) para los acreedores; podría pensarse, en este sentido, que la Sala Segunda del Tribunal Supremo está utilizando de forma impropia el término “nulidad”, para referirse a la “rescisión” de los arts. 1290 a 1299 CC (especialmente, el supuesto del art. 1291 3º CC).

b) Se exige *consilium fraudis* al tercer protagonista del negocio, lo cual suele ser requisito propio para el éxito de la acción rescisoria.

c) Se atribuye la legitimación a un sujeto tercero, no protagonista del negocio atacado, lo que nos situaría, más concretamente, ante la acción revocatoria o pauliana que concede el art. 1111 *i.f.* CC –acción ésta que, como se deduce de doctrina y jurisprudencia, no constituye sino el ejercicio por los terceros acreedores de la facultad de rescindir los contratos o negocios efectuados en fraude de sus derechos¹³–.

Se trata, sin embargo, de una mera apariencia, que se desvanece a nada que se tengan en cuenta los siguientes datos:

a) En primer término, la acción rescisoria, revocatoria o pauliana presume la validez del negocio que se impugna, mientras que aquí nos encontramos con una jurisprudencia que afirma insistentemente y sin vacilación que se trata de “declarar la nulidad”; no estamos, en definitiva, ante una acción constitutiva – como la pauliana–, sino ante una acción de mera declaración. Por mucho que esta

¹¹ Cfr. SSTs de 19 de enero de 1988 (RAJ 386), de 15 de junio de 1990 (RAJ 5314), de 16 de marzo de 1992 (RAJ 2271), de 12 de junio de 1992 (RAJ 5213), de 14 de octubre de 1992 (RAJ 8197) y de 15 de febrero de 1995 (RAJ 1172). También SSAP Zamora de 18 de mayo de 1995 (ARP 620), Vizcaya, Sección 2ª, de 8 de mayo de 1998 (ARP 2593), Baleares, Sección 1ª, de 24 de junio de 1998 (ARP 3348) y Sevilla, Sección 3ª, de 19 de mayo de 1999 (ARP 1886).

¹² En este sentido, FONT SERRA se refiere a ellas denominándolas “acciones civiles de tipo pauliano” (*La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, cit., pág. 21); y ALONSO MONTERO considera sin más que nos hallamos ante la acción pauliana (“La nulidad de las enajenaciones fraudulentas en el delito de alzamiento de bienes”, cit., *passim*).

¹³ Por todos, cfr. ALBALADEJO, “Comentario al art. 1111”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, Vol. 1º, Madrid, 1989; MORENO QUESADA, “Comentario al art. 1291”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. ALBALADEJO), Tomo XVII, Vol. 2º, 2ª ed., Madrid, 1995; GARCÍA AMIGO, “Comentario al art. 1111”, en *Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia*, Tomo II, Madrid, 1991.

construcción se haya acuñado en el seno de la Sala de lo Penal, cabe presumir a los Magistrados que la componen un conocimiento de categorías jurídico-civiles tan elementales como la distinción entre nulidad y rescisión (es más, hasta cierto punto resultaría incluso ofensivo interpretar que utilizan el término “nulidad” para referirse a la “rescisión”).

b) Pero, sobre todo, no estamos ante una acción rescisoria, tal y como la admite el Código Civil, porque para que prospere no se requiere acreditar la ausencia en el acreedor de otro medio para lograr el cobro de la cantidad debida (cfr. arts. 1111 y 1294 CC): en otros términos, la acción rescisoria es en todo caso subsidiaria, cosa que no ha exigido nunca la jurisprudencia penal para que deba estimarse la acción de declaración de nulidad del negocio como acción civil derivada del delito de alzamiento de bienes; de hecho, esta insolvencia definitiva –cuya constatación permitiría entender que no hay otro camino para cobrar lo debido– guarda relación, a juicio de la jurisprudencia, con el momento de agotamiento del delito, pero no es precisa para poder hablar de consumación.

Por todo lo anterior, creemos que debe partirse de la conceptualización que, aunque escueta y parca, la propia jurisprudencia ha atribuido a esta acción de modo reiterado, y entender que es una acción de nulidad en sentido estricto: el negocio jurídico, en efecto, es nulo debido a la ilicitud de su causa –el perjuicio a los acreedores–, que precisamente conduce a su calificación como delito. Ha de insistirse justamente en que no hay rescisión de un negocio válido por el perjuicio que causa a los acreedores, sino un negocio nulo *ab initio* porque su causa es delictiva (y lo es porque envuelve un alzamiento de bienes perjudicial para los acreedores): así puede deducirse no sólo del art. 1275 CC (“Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”), sino sobre todo del art. 1305 CC, que vincula la ilicitud de la causa con la comisión de un delito (“Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si constituye un delito o falta...”).

En tanto que acción de nulidad, ha de considerarse imprescriptible (quizás por eso no se aprecian especialidades al respecto en la jurisprudencia). Además de la anterior, del hecho de que nos hallemos ante una acción de nulidad se deriva otra importante consecuencia: la declaración de nulidad opera a todos los efectos, a diferencia de lo que ocurre con la rescisión. En efecto, y según se señalado¹⁴, la acción rescisoria (incluida la pauliana) no elimina por completo el negocio rescindido de la vida jurídica, sino que se limita a convertirlo en inoponible frente a quien ejercitó con éxito la acción. No es ésta, sin embargo, la eficacia de la acción declarativa de la nulidad del negocio, que debe beneficiar no sólo a quien la ejercitó, sino a cualquier acreedor perjudicado por el negocio fraudulento: de lo contrario no se entendería cómo podría el Ministerio Fiscal

¹⁴ Cfr. ALBALADEJO, “Comentario al art. 1111”, *cit.*, *passim*; MORENO QUESADA, “Comentario a los arts. 1290, 1291 y 1294”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Vol. 2º, *cit.*, *passim*.

ejercitarla en el proceso penal en beneficio de todos los acreedores perjudicados por el alzamiento de bienes (y téngase en cuenta que la jurisprudencia no se la reserva al acusador particular, sino que expresamente se la atribuye también al Ministerio Fiscal).

Ahora bien, en tanto que acción de nulidad, no deja de presentar ciertas especialidades:

1º. En primer término, la conceptualización de esta acción como declarativa de nulidad no resulta del todo compatible con la exigencia de que el tercero con quien se celebró el negocio sea partícipe del fraude (cosa que exige la jurisprudencia): en efecto, el Código Civil no requiere, para que proceda la declaración de nulidad por causa ilícita, que el delito sea imputable a ambos contratantes; tampoco es un dato irrelevante, pero sus consecuencias no se proyectan sobre la validez o nulidad del negocio, sino sobre los efectos de la declaración de nulidad. En efecto, a juicio del art. 1305 I CC, si ambos son responsables del delito en que se plasmó la causa ilícita, “carecerán de toda acción entre sí” –se entiende que a los efectos de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato–; en cambio, si sólo hubo delito de parte de uno de los contratantes, “el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido” (art. 1305 II CC). Sin embargo, según se ha visto, los negocios en que se materializó el alzamiento sólo parecen susceptibles de ser declarados nulos si no hubo buena fe en el tercero que los celebró. A los solos efectos de determinar cuándo puede presumirse el *consilium fraudis*, y en qué términos, se pueden aplicar, por analogía, los criterios sentados por el art. 1297 CC para la rescisión de los negocios ante el fraude de acreedores (“Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito. También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes”).

2º. Por otra parte, no debe olvidarse que el art. 1302 CC reserva la legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad de los negocios jurídicos a “los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos”; sin embargo, esta acción de nulidad la puede ejercitar justamente quien, por no intervenir en el negocio, no está obligado a nada en virtud de él, sino que solamente se halla perjudicado por sus consecuencias jurídicas. El escollo podría salvarse entendiendo que se trata de una acción de nulidad por simulación, puesto que en tales casos la jurisprudencia ha consentido una extensión a terceros de la legitimación activa para su ejercicio¹⁵. Sin embargo, consideramos más correcto entender que no estamos necesariamente en presencia de simulación alguna y

¹⁵ Por todos, cfr. AMORÓS GUARDIOLA, “Comentario al art. 1276”, en *Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, cit.*, Tomo II, pág. 496.

que, en el fondo, la virtualidad de la jurisprudencia de la Sala Segunda en este punto ha consistido precisamente en extender a terceros la legitimación para ejercitar la acción de nulidad, lo que nos colocaría ante un supuesto especial de legitimación extraordinaria de naturaleza sustitutiva (el acreedor en sustitución de su deudor).

Se nos ocurre otra forma de explicar las cosas, pero no resulta compatible con la interpretación que a ciertos preceptos han atribuido la jurisprudencia y la doctrina. Y es que, a nuestro juicio, resulta discutible la identificación que se ha efectuado entre la acción pauliana del art. 1111 *i.f.* CC y la acción de rescisión por fraude de acreedores regulada en los arts. 1290 y sigs. CC. En efecto, el art. 1111 *i.f.* CC habla únicamente de “impugnar” los actos fraudulentos que el deudor haya realizado, y permite hacerlo a los acreedores; y no vemos la razón por la cual, dentro del genérico concepto de “impugnación” (que el CC parece entender aquí como “ataque” al acto, en sentido amplio), no se puede incluir la promoción de la declaración de nulidad del negocio debido a lo ilícito de su causa. Ahora bien, con ello se explicaría el desplazamiento en la legitimación hacia los acreedores, aunque quedaría por resolver la cuestión de la subsidiariedad de la acción pauliana (proclamada nuevamente por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias).

3. La posibilidad de indemnizar adicionalmente daños y perjuicios. Por otra parte, también ha de notarse que, a pesar de su aptitud en abstracto para eliminar las consecuencias desfavorables del delito, no siempre la acción de nulidad es idónea para hacerlo del modo más perfecto: y ello porque en ocasiones, a pesar del reingreso patrimonial, los bienes han perdido parte de su valor y, con él, de su aptitud para satisfacer al acreedor. En estos casos, cabe pensar en la admisibilidad, además de la “reparación” o “restauración” por la vía de la declaración de nulidad del negocio traslativo, de una indemnización de los daños y perjuicios que esta circunstancia haya provocado al acreedor. Así lo ha hecho en algunos casos nuestra jurisprudencia¹⁶, que ha soslayado, no obstante, las complejidades que puede originar la liquidación de estos daños: en efecto, para cuantificarlos habrá de partirse de la pérdida de valor de los bienes y derechos objeto de los negocios jurídicos anulados, y calcular el perjuicio real que ello pueda suponer sobre la efectiva satisfacción del acreedor, teniendo además en cuenta que en pública subasta los bienes pocas veces alcanzan el importe total de su valor...

4. La condena al pago de la deuda. Como regla, sin embargo, la jurisprudencia ha rechazado la posibilidad de que forme parte de las acciones civiles *ex delicto* ejercitables tras un alzamiento de bienes aquélla que pretenda la condena al pago de la deuda en fraude de la cual se cometió el delito. La razón es bien sencilla: no es la comisión del delito la que ha generado esta deuda, sino que

¹⁶ Cfr. la STS de 23 de marzo de 1991 (RAJ 2358); también los supuestos resueltos por la SAP Baleares, Sección 1ª, de 24 de junio de 1998 (ARP 3348) y por la SAP Ciudad Real, Sección 2ª, de 24 de febrero de 1999 (ARP 1441).

preexistía a aquél. Por eso, no procede obtener su pago en el marco del proceso penal, pues el impago en sí mismo no es ni lo que se persigue en el proceso penal, ni una consecuencia directa que deba producirse para entender consumado el tipo delictivo. No es, en definitiva, el impago un “daño” ocasionado por el alzamiento de bienes que el tribunal penal deba “reparar” ordenando justamente el pago¹⁷.

En alguna ocasión, sin embargo, la respuesta ha sido diversa: se ha considerado admisible la condena al pago de la deuda como contenido de la acción civil derivada del delito en los casos en que se aprecie no sólo consumación, sino agotamiento delictivo. Con la expresión “agotamiento del delito” la jurisprudencia, en relación con el alzamiento de bienes, alude a la insatisfacción efectiva del crédito del perjudicado por el delito: hay simple –pero suficiente– consumación cuando se genera el estado de insolvencia del deudor; hay agotamiento cuando ese resultado se traduce en la falta efectiva de cobro, normalmente evidenciado por el fracaso de una ejecución forzosa. En estos casos, y para algún supuesto aislado, han entendido nuestros tribunales que la conducta delictiva ha generado por sí misma el débito –*rectius*, se dice que hay una concurrencia de fuentes en la obligación: la contractual, preexistente al delito; y la delictiva, consecuencia de su agotamiento–; y ha permitido, en consecuencia, la condena al pago de lo debido en el marco del proceso penal¹⁸.

No es esta última, a nuestro juicio, una línea jurisprudencial acertada. Y ello porque la solución es claramente incoherente con lo apuntado anteriormente (que es, creemos, correcto): en efecto, si se dice que lo que se sanciona –penal y civilmente– a raíz de un alzamiento de bienes no es el impago, sino la situación de insolvencia, no deja de resultar sorprendente cómo después se puede acudir a la distinción entre consumación y agotamiento del delito. Al fin y al cabo, que en el proceso penal no se haya constatado el agotamiento del delito no significa que

¹⁷ Cfr., entre otras, las SSTs de 11 de junio de 1984 (RAJ 3539), de 23 de marzo de 1991 (RAJ 2358), de 12 de junio de 1992 (RAJ 5213), de 14 de octubre de 1992 (RAJ 8197), de 26 de marzo de 1993 (RAJ 2584), de 24 de septiembre de 1993 (RAJ 6789), de 15 de febrero de 1995 (RAJ 1172) o de 18 de junio de 1999 (RAJ 4142); también las SSAP Zamora de 18 de mayo de 1995 (ARP 620), Baleares, Sección 1ª, de 5 de febrero de 1998 (ARP 1031), Vizcaya, Sección 2ª, de 8 de mayo de 1998 (ARP 2593), Barcelona, Sección 6ª, de 2 de junio de 1998 (ARP 3585), Ciudad Real, Sección 2ª, de 24 de febrero de 1999 (ARP 1441), Sevilla, Sección 3ª, de 19 de mayo de 1999 (ARP 1886), Almería, Sección 2ª, de 4 de octubre de 1999 (ARP 3521) o Asturias, Sección 2ª, de 16 de diciembre de 1999 (ARP 5470).

¹⁸ Cfr. la STS de 30 de diciembre de 1983 (RAJ 6764) y la STS de 16 de marzo de 1992 (RAJ 2271); con mayor claridad, la STS de 14 de julio de 1986 (RAJ 4323), aunque no puede pasarse por alto cómo, a nuestro juicio, en esta sentencia se accede a la condena, en gran parte, porque el crédito preexistente al alzamiento era líquido, exigible y se había declarado así en sentencia civil, cuya imposibilidad de ejecución motivó precisamente la apertura del proceso penal por alzamiento. En la jurisprudencia menor, se hacen eco de esta solución, entre otras, la SAP Vizcaya, Sección 4ª, de 30 de abril de 1998 (ARP 2463) y la SAP Barcelona, Sección 3ª, de 20 de octubre de 1999 (ARP 3321).

éste no se haya producido; en última instancia, la constatación del agotamiento delictivo sólo podría operarse en caso de que el acreedor promoviera –cuando estuviera jurídicamente habilitado para ello– la ejecución forzosa de su crédito y no se encontraran bienes sobre los que proyectar el embargo y la realización forzosa. Y no resulta lógico ofrecer un trato diferenciado a los acreedores en función de la circunstancia en que se hubiera constatado la comisión del delito de alzamiento de bienes. Todo lo anterior, además, al margen de que la construcción apuntada sobre la concurrencia de fuentes en la obligación de pago no resiste al menor ataque doctrinal...

Por otra parte, y de forma paradójica, tampoco puede dejar de ponerse de relieve la dudosa eficacia de esta condena al pago, que la jurisprudencia ha admitido justamente cuando ya se ha constatado la insolvencia: porque la única forma de poder llegar a ejecutarla pasa precisamente por conseguir volver a traer al patrimonio del deudor los bienes que salieron fraudulentamente de él –cabe prever que a través de los cauces de la acción pauliana–. Y, siendo así las cosas, es evidente que es mucho más provechosa la acción declarativa de nulidad que integra de ordinario la responsabilidad civil en estos casos.

5. Indemnización de daños y perjuicios a título principal. No puede ignorarse, finalmente, que no siempre resultará factible la anulación del negocio jurídico en cuestión. En determinados supuestos, serán óbices de naturaleza procesal los que lo impedirán: v.g., por falta de rogación, o por ausencia en el proceso de alguna de las personas intervinientes en el negocio que pretende declararse nulo, o también por haberse decretado ya esa nulidad ante la jurisdicción civil¹⁹. En estos casos, lo único que sucede es que no se puede obtener la declaración de nulidad en el marco del proceso penal, pero, como veremos, no habrá óbice para promoverla por los cauces de un proceso civil posterior.

Sin embargo, en otros casos, son razones de índole sustantiva las que se oponen a la prosperabilidad de la acción declarativa de nulidad del negocio ilícito: así ocurre, notablemente, cuando haya buena fe en el tercero que protagonizó, junto al condenado, el negocio jurídico²⁰; y también cuando, por razón de lo que fue objeto del negocio, el reingreso no es posible (v.g., porque versó sobre bienes consumibles²¹). En este segundo bloque de supuestos, ante la improcedencia de la declaración de nulidad, la jurisprudencia ha estimado que el contenido de la acción civil queda reducido a la indemnización de los perjuicios padecidos por los acreedores del condenado. Aunque –como se apuntó hace unos

¹⁹ Éste fue el caso de la SAP Barcelona, Sección 5ª, de 20 de julio de 1995 (ARP 1020).

²⁰ Además de la jurisprudencia antes citada, cfr. la STS de 15 de abril de 1991 (RAJ 2783) en relación con un contrato transitorio de concesión administrativa, cuyo carácter ilegal y espurio era desconocido por el tercer adquirente.

²¹ Cfr. la STS de 19 de enero de 1988 (RAJ 386).

párrafos— las resoluciones judiciales examinadas no suelen ocuparse de ello, es indudable que el importe de la indemnización debe fijarse en función de los daños que efectivamente haya ocasionado el retraso o dificultad en el cobro del crédito; se trata, qué duda cabe, de una cuantificación muy difícil, que las sentencias condenatorias suelen despachar gracias al “sencillo” expediente de su remisión a la ejecución de sentencia, al amparo de lo que les permite el art. 115 CP: “Los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución”.

En algunas ocasiones la jurisprudencia, sin cuantificar ni fijar siquiera bases mínimamente precisas o útiles, se ha limitado a fijar un tope máximo a esta indemnización, que se cifra en las ventajas, beneficios o rendimientos que el negocio fraudulento inatacable ha producido al delincuente. Se trata de un límite lógico, por cuanto hay que atender al perjuicio realmente ocasionado con la conducta delictiva, y éste es el que se derive de la pérdida patrimonial realmente ocasionada con el negocio delictivo: *v.g.*, el importe que podría haberse obtenido con la enajenación del elemento patrimonial indebidamente salido de la esfera del deudor. Por eso, más que de un límite a la responsabilidad, se trata del nivel máximo de perjuicio ocasionado en general a todos los posibles acreedores, que debe contrastarse con el importe debido a cada uno de ellos y que se encuentra insatisfecho. En este sentido, la STS de 12 de julio de 1996²² señala que “el importe de la responsabilidad civil en el delito de alzamiento tiene como límite la cantidad en que se valore el beneficio patrimonial obtenido con motivo de los traspasos, para el caso que no puedan reintegrarse al patrimonio los bienes sacados indebidamente. Este beneficio patrimonial puede venir determinado por dos parámetros; uno por el grado de insolvencia alcanzado por el deudor, que es el que indica su procedencia o no, y otro por el valor de la cosa enajenada. En resumen, el «quantum» de la indemnización ni puede ser superior al precio de la cosa enajenada ni puede cubrir mayor cantidad que el valor que se garantiza con la solvencia perdida cuando el valor de ésta supere el de la solvencia perdida”²³.

Podría pensarse que, fijando este límite, se está admitiendo, aunque de manera encubierta, la condena al pago de la deuda insatisfecha. Sin embargo, las cosas no llegan a ser realmente así, pues la misma jurisprudencia también ha especificado expresamente que dentro de la indemnización deben incluirse los intereses y gastos debidos al alzamiento: no se llega a condenar al pago de la deuda (sea porque esta tutela no se considera admisible en el marco del proceso penal, sea porque no se ha acreditado el agotamiento del delito), pero sí se

²² RAJ 6067.

²³ Cfr. también la STS de 12 de junio de 1992 (RAJ 5213), la SAP Baleares, Sección 1ª, de 5 de febrero de 1998 (ARP 1031) y la SAP Madrid, Sección 6ª, de 5 de febrero de 1998 (ARP 923).

aprovecha el marco del proceso penal para resarcir al acreedor de los perjuicios del impago, entre los que se incluyen los intereses moratorios. La situación que se genera en estos casos es, sin duda, inquietante: resulta que pueden cobrarse los intereses antes de que ni siquiera exista condena al pago del principal y, por ende, antes de que se hayan determinado las bases para el devengo de los intereses²⁴. Además, y dado que para el cobro del principal los acreedores disponen de la vía civil, no cabe descartar el riesgo de un cobro reduplicado de las mismas cantidades.

6. *Iura novit curia* y ofrecimiento de acciones. Como se ha podido comprobar, no siempre resulta sencilla la determinación del contenido de la acción civil que surge de los hechos en que se materializa un delito de alzamiento de bienes. Lo único cierto es que, en tanto que acción civil, está sujeta en su ejercicio al principio dispositivo: para que el tribunal pueda satisfacerla es preciso que el perjudicado o el Ministerio Fiscal la hayan ejercitado en el proceso penal. Del ejercicio de la acción civil en el marco del proceso penal se deriva, no obstante, una especialidad que no se apreciaría en caso de que se prefiriese acudir a la Jurisdicción civil: y es la que resulta del hecho de que el instructor penal, en virtud del art. 109 LECrim, tiene el deber de “ofrecer acciones” penales y civiles al perjudicado con ocasión de su comparecencia.

Pues bien, cabe preguntarse hasta qué punto, en los casos en que se esté procediendo por un delito de alzamiento de bienes, el mandato legal se satisface con una simple información de la posibilidad genérica de ejercitar acciones civiles, o si es exigible que el Instructor informe al perjudicado de los posibles contenidos que la jurisprudencia ha venido atribuyendo a las acciones civiles derivadas de los delitos de alzamiento de bienes. A nuestro juicio, la dicción legal es demasiado amplia como para deducir de ella la segunda de las alternativas mencionadas; es evidente que un ofrecimiento tan concreto de acciones siempre será posible, pero también lo es que la ausencia de precisión no supone vicio alguno que afecte a la validez de las actuaciones posteriores. Por otra parte, tampoco debe olvidarse que el Ministerio Fiscal sigue teniendo el deber de ejercitar las acciones civiles derivadas del delito, y posiblemente a su representante en el proceso sí que le sea reclamable un conocimiento de la línea jurisprudencial que nos ocupa.

II. EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL.

7. Nociones generales. Determinado el posible contenido de las acciones civiles que pueden nacer con ocasión de la comisión de un delito de alzamiento de bienes, no resulta preciso incidir en exceso en el régimen procesal “general”

²⁴ De este peligro advierte la STS de 14 de marzo de 1985 (RAJ 3857), cuando señala que “no puede la sentencia condenar a una reparación de daños todavía inciertos por dependientes de la cuantía exacta de los créditos burlados con la ocultación de bienes”.

de la acción civil en el proceso penal: es incuestionable que la acción civil puede ejercitarse conjuntamente con la penal en el proceso penal (art. 111 LECrim); que legitimados para su ejercicio lo están tanto el Ministerio Fiscal como el perjudicado por el delito (art. 108 LECrim); que este segundo tiene la opción de constituirse en acusador particular o mantener un *status* de simple actor civil (art. 110 LECrim); y que este mismo sujeto también está facultado para renunciar a ella o para reservar su ejercicio para un proceso civil posterior al penal (arts. 107, 108, 110 y 112 LECrim, art. 109.2 CP). No es éste el momento de ahondar en estas cuestiones generales, dada su obiedad y su pacífico tratamiento por la doctrina. Sin embargo, sí que nos parece conveniente examinar ciertas cuestiones ciertamente problemáticas que puede plantear el ejercicio de algunas de estas acciones, tal y como las ha venido admitiendo la jurisprudencia.

8. Eficacia de la renuncia y de la reserva. Aunque el Código Penal, en su art. 257, hable de “acreedores” –en plural– como perjudicados al tipificar el delito de alzamiento de bienes, es indudable que se trata más de un obsequio a la tradición en la expresión normativa que de una auténtica exigencia del tipo: también se entiende cometido el delito en caso de que el acreedor perjudicado sea uno solo. En tal caso, es evidente que los únicos legitimados para el ejercicio de la acción civil son el propio perjudicado y el Ministerio Fiscal. Siendo así las cosas, la renuncia del perjudicado extinguirá sin más la acción civil, y su reserva, manifestada en tiempo y forma, excluirá su ejercicio del proceso penal, dejando sin margen de maniobra al representante del Ministerio Fiscal.

Las dificultades se pueden plantear en los casos en que los acreedores perjudicados por el alzamiento de bienes hayan sido varios, o cuando no se sepa si lo han sido otros además del acreedor o de los acreedores personados en la causa criminal. En tal caso, cabe preguntarse si uno solo de ellos puede eficazmente renunciar a la acción civil de declaración de nulidad del negocio o reservar su ejercicio para un proceso posterior ante los órganos jurisdiccionales civiles. La respuesta, pensamos, pasa por una previa precisión conceptual y por una distinción de supuestos.

En cuanto a la precisión conceptual, cuando se trata de la acción para declarar nulos los negocios jurídicos debe partirse de la premisa de que la pluralidad de perjudicados no conduce a una situación de litisconsorcio activo necesario, sino a un fenómeno singular, relativamente análogo al que plantea la concurrencia de legitimados para el ejercicio de la acción penal²⁵. En efecto, ocurre que existe en principio una acción única, para cuyo ejercicio la jurisprudencia ha extendido la legitimación: podrán instar la nulidad no sólo los protagonistas del negocio (art. 1302 CC), sino también el Ministerio Fiscal y cualquier acreedor perjudicado. Esta extensión conduce a una especie de equivalencia de resultados con independencia de la concreta persona que asuma

²⁵ Sobre esto, en general, cfr. GIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Pluralidad de partes en el proceso penal*, Madrid, 1998, esp. págs. 145 y sigs.

la legitimación activa para su ejercicio. Lo anterior es claro en los casos en que de ese ejercicio se deriven consecuencias jurídicas favorables: ejercitada la acción de nulidad por el Fiscal, aunque no por el perjudicado, su éxito beneficia también a éste; ejercitada por uno solo de los varios acreedores perjudicados, la declaración de nulidad también aprovecha a quienes no la instaron. Igualmente pensamos que la desestimación por razones materiales de esta acción debe perjudicar a quienes no la ejercitaron, pues la relativa indiferencia o equivalencia que se manifiesta respecto de la concreta persona que afirme la acción obliga a presumir la diligencia de quien actuó y la ausencia de voluntad de defender mejor sus derechos por parte de quien no lo hizo. En el fondo, es la propia eficacia material de la sentencia la que le permite afectar a terceros acreedores que no intervinieron en el proceso en que se gestó, y todo ello, insistimos, como consecuencia de la extensión en la legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad.

Lo que no resulta tan fácil de justificar es la extrapolación de estas conclusiones a las figuras de la renuncia y de la reserva. Y es aquí donde resulta oportuno distinguir supuestos:

El primer supuesto se da cuando son varios los acreedores perjudicados, y todos ellos están personados en el proceso penal. Evidentemente, si todos renuncian a la acción, su decisión vincula al juzgador penal y es eficaz también frente al Fiscal (arg. *ex art.* 108 LECrim); lo mismo debe decirse de su voluntad conjunta de reservar la acción de nulidad negocial para un proceso ante los tribunales civiles. En cambio, si la renuncia o la reserva la formulan sólo alguno o algunos de ellos, no será eficaz para extinguir la acción o excluirla del proceso penal, respectivamente. En efecto, la “equivalencia” de sustitutos procesales a efectos de legitimación tiene como consecuencia que la voluntad de uno de apartarse o de renunciar a la acción no sea eficaz frente a los demás, que podrán proseguir afirmándola en el proceso penal. De este modo, si sigue sosteniéndose la acción por alguno de los perjudicados, el resultado del proceso penal en este punto afectará tanto a quienes la ejercitaron como a quienes no lo hicieron, según se desprende de lo antes dicho: la sentencia estimatoria beneficiará en último término incluso a quien renunció a ella, que llegado el momento podrá proyectar la ejecución de su crédito sobre los elementos patrimoniales regresados a la esfera jurídica de su deudor como consecuencia del éxito de la declaración de nulidad negocial; y si lo que se intentó fue la reserva, es evidente la posibilidad de excluirlo por mor de la eficacia negativa de la cosa juzgada de la sentencia penal en este punto. En vista de lo anterior, queda excluida la operatividad de una eventual táctica consistente en que unos acreedores ejercitaran la acción de nulidad en el proceso penal y otros se la reservaran para un proceso civil posterior, que se entablaría si en el penal no se hubieran obtenido los resultados deseados.

Y el segundo supuesto es el que se plantea cuando son varios los acreedores perjudicados, pero no todos ellos están personados en la causa

criminal. En principio, y en vista de lo ya dicho, el ejercicio por uno solo de ellos de la acción de nulidad tendrá repercusiones –favorables o desfavorables– para los demás. Por eso mismo, no parece fácilmente admisible que se conceda eficacia a la renuncia del único acreedor personado: dado que el Ministerio Fiscal ha de velar por la tutela de los derechos de todos los perjudicados (no sólo de quienes se personaron), a pesar de esta renuncia del acusador particular debería su representante seguir sosteniendo el ejercicio de la acción declarativa de nulidad negocial. Posiblemente la respuesta deba ser la misma en caso de que lo pretendido sea la reserva de la acción para un proceso civil posterior, en la medida en que los perjudicados tienen también el derecho a que su *posición* civil se tutele en el marco del proceso penal, sin las demoras que conlleva, quíerese o no, el expediente de la reserva.

Todo cuanto se ha sostenido en los párrafos anteriores, obvio es recordarlo, resulta de aplicación sólo cuando la acción cuyo ejercicio se plantea es la declarativa de nulidad del negocio, y ello debido a su singularidad. Si, por el contrario, nos hallamos ante supuestos en que lo procedente –por alguna de las razones antes apuntadas– es una indemnización de daños y perjuicios, la solución será diversa. Al fin y al cabo, aquí la actuación de cada uno de los perjudicados sólo le afectará a él, y la renuncia y la reserva tendrán asimismo consecuencias estrictamente individualizadas, razón por la cual deben operar con normalidad las previsiones generales de la LECrim y del CP sobre este punto.

9. Litisconsorcio pasivo necesario y sujetos no acusados. Cuando se trata de obtener, como contenido de la acción civil nacida del delito de alzamiento de bienes, la declaración de nulidad del negocio o negocios a través de los cuales se ha consumado la conducta ilícita, la jurisprudencia –sobre todo la más reciente– viene planteando como requisito indispensable la “regular constitución de la litis”, esto es, la presencia en el proceso de todos aquéllos que se han de ver directamente afectados por la declaración de nulidad: en consecuencia, han de asumir la condición de demandados todos los partícipes del negocio jurídico afectado. Se trata, claro es, de una manifestación de la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario impropio, y que se plantea en aquellos casos en que el proceso penal se haya dirigido exclusivamente frente a uno solo de los intervinientes o protagonistas en el negocio cuya nulidad se pretende declarar (el deudor en la relación jurídica cuya insolvencia motiva la condena por alzamiento de bienes) o, en todo caso, no frente a todos²⁶.

²⁶ Cfr. SSTs de 25 de mayo de 1987 (RAJ 3123), de 22 de diciembre de 1989 (RAJ 9748), de 27 de junio de 1990 (RAJ 5718), de 12 de junio de 1992 (RAJ 5213), de 26 de marzo de 1993 (RAJ 2584), de 12 de julio de 1996 (RAJ 6067) y de 18 de junio de 1999 (RAJ 4142). También SSAP Barcelona, Sección 7ª, de 19 de junio de 1996 (ARP 471), Baleares, Sección 1ª, de 5 de febrero de 1998 (ARP 1031), Barcelona, Sección 6ª, de 2 de junio de 1998 (ARP 3585) y Sevilla, Sección 3ª, de 19 de mayo de 1999 (ARP 1886).

Evidentemente, cuando todos los intervinientes en el negocio han sido acusados por su participación en el alzamiento de bienes, no se plantea problema procesal alguno; la única cuestión que debe dilucidarse es de naturaleza penal sustantiva, y es la relativa al título de imputación penal de quien no es el deudor “primario”: si cómplice o coautor²⁷.

Además, en determinados supuestos, la jurisprudencia no ha tenido reparos en salvar la aplicación de la doctrina del litisconsorcio necesario pasivo impropio a través de la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica: se ha rechazado que hubiera constitución irregular de la litis en ciertos casos en que se aducía la ausencia de llamamiento al proceso de una persona jurídica interviniente en el negocio cuya nulidad se pretendía, siendo así que todos sus integrantes eran justamente personas físicas acusadas y condenadas por el alzamiento²⁸.

El problema del litisconsorcio necesario se nos plantea, por lo tanto, en supuestos en los que un sujeto ha intervenido en el negocio nulo pero, no obstante, no ha sido perseguido penalmente por ello. El ámbito de aplicación, así, será reducido: en efecto, si el tercer contratante era partícipe del *consilium fraudis*, su conducta, posiblemente, también debería ser objeto de persecución penal²⁹; y si, por el contrario, no era sabedor del carácter ilícito de la causa del negocio, debería en principio atribuírsele la condición de sujeto de buena fe, que impide, según se ha visto, la admisibilidad de la declaración de nulidad negocial. En definitiva, el marco en el que opera la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario impropio, en esta materia, es el siguiente: sujetos que debieron haber sido imputados y acusados pero no lo fueron y sujetos de buena fe a los que, sin embargo, es oponible la nulidad del negocio (v.g., sujetos no beneficiados ni por el art. 34 LH, ni por el art. 464 CC o el art. 85 CCom).

Pues bien, al margen de su ámbito de aplicación, la siguiente cuestión también se plantea con obvia claridad: ¿es posible traer a estos sujetos al proceso penal en su sola calidad de demandados respecto de la acción civil? La jurisprudencia, en todas las resoluciones en que ha aludido a estas cuestiones, ha venido a asumirlo como factible, aunque siempre ha sido de forma indirecta³⁰. Es evidente que, si estos sujetos son responsables criminales, pueden (*rectius*, deben) ser traídos al proceso penal en calidad de imputados-acusados y, por

²⁷ Sobre esto, cfr. ALONSO MONTERO, “La nulidad de las enajenaciones fraudulentas en el delito de alzamiento de bienes”, *cit.*, págs. 1064-1065.

²⁸ Cfr. SAP Barcelona, Sección 6ª, de 2 de junio de 1998 (ARP 3585) y SAP Asturias, Sección 2ª, de 16 de diciembre de 1999 (ARP 5470).

²⁹ Cfr. STS de 30 de diciembre de 1983 (RAJ 6764), STS de 14 de diciembre de 1985 (RAJ 6326) y SAP Barcelona, Sección 3ª, de 20 de octubre de 1999 (ARP 3321).

³⁰ SSTs de 25 de mayo de 1987 (RAJ 3123), de 22 de diciembre de 1989 (RAJ 9748), de 27 de junio de 1990 (RAJ 5718) y de 18 de junio de 1999 (RAJ 4142).

extensión, se les puede hacer demandados del proceso civil acumulado al penal (arts. 116 CP y 100 LECrim). Pero, si no son penalmente responsables por su intervención en el negocio, será preciso darles encaje dentro de la figura del responsable civil directo a que aluden los arts. 117, 118 y 122 CP –pues directa, que no subsidiaria, es su responsabilidad–. El problema radica en que la posición de estos sujetos no siempre puede recibir acomodo dentro de alguna de las categorías contempladas en los arts. 116 a 122 CP; en efecto, en ciertas situaciones es posible incardinar su actuación dentro del ámbito de aplicación del art. 122 CP (“El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito...”)³¹; pero el precepto no cubre todos los supuestos posibles y, además, el sujeto a que se refiere está obligado tan sólo “a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación”, lo que no abarca expresamente el contenido de la acción declarativa de nulidad.

La anterior dificultad nos puede conducir a dos conclusiones divergentes:

Se puede pensar, primeramente, que la falta de encaje legal hace que no resulte jurídicamente posible traer a estas personas al proceso penal. En consecuencia, las proclamaciones de la jurisprudencia tendrían un valor meramente retórico: en la práctica, sólo sería posible declarar la nulidad del negocio jurídico en el marco del proceso penal cuando todos los intervinientes en aquél fuesen sujetos criminalmente responsables.

No obstante, también se puede concluir que, a pesar de esta falta de acomodo en alguna de las previsiones del Código Penal sobre personas civilmente responsables sin serlo también a título penal, ha de ser posible llamar y traer a estos sujetos al proceso penal en calidad estricta de demandados. Esta posibilidad se derivaría, en primer lugar, de la propia jurisprudencia, que ha efectuado en algún caso proclamaciones lo suficientemente concretas en dicho sentido; y también puede conducir a ella una interpretación sistemática o de conjunto: si ya se ha dado el paso de contemplar la declaración de nulidad como acción civil *ex delicto*, y es principio de nuestro sistema procesal que la acción civil ha de poder ejercitarse, en beneficio del perjudicado, dentro del proceso penal, debe aceptarse, siendo consecuentes, la llamada al proceso en calidad de demandados de aquéllos que merezcan la consideración de litisconsortes necesarios del acusado.

De aceptarse esta segunda opción interpretativa, habrá que determinar antes que nada cuál es el momento procesal en que deben ser llamados estos sujetos al proceso. Es evidente que, a más tardar, dicho llamamiento debería hacerse en los escritos de acusación o calificaciones provisionales –según el marco procedimental–; ocurre, sin embargo, que un llamamiento en este momento no está previsto en la LECrim, que presume que a esas alturas del

³¹ Así lo sugiere también ALONSO MONTERO, “La nulidad de las enajenaciones fraudulentas en el delito de alzamiento de bienes”, *cit.*, pág. 1068.

proceso ya se hallan personados todos los sujetos que lo van a protagonizar. El problema, sin embargo, no es insoluble, pues sólo requiere adaptaciones *técnicas*: se tratará de emplazarlos para que *contesten* a la demanda civil ejercitada en tales escritos, utilizando para ello el escrito de defensa o de calificaciones provisionales correspondiente; evidentemente, habrá que ser flexible en cuanto a los plazos –será una eventualidad que posiblemente puede dilatar el curso del proceso penal–, y conceder a estos sujetos acceso al material generado durante la instrucción para no vulnerar el principio de igualdad ni generar indefensión. En cualquier caso, y a pesar de lo que pudiera deducirse de alguna resolución en este punto³², no es el de las conclusiones o calificaciones definitivas momento adecuado para dirigir la acción civil por primera vez contra estos terceros, pues sería demasiado tarde para que pudieran ejercer su derecho de defensa.

No obstante, la ley también ofrece indicios de que es posible el llamamiento y entrada al proceso de estos sujetos en un momento anterior, esto es, durante la instrucción. En concreto, debe recordarse cómo el art. 615 LECrim permite que el actor civil reclame al Instructor para que inste del tercero responsable la prestación de fianza; es claro que el precepto no podrá aplicarse literalmente a los casos que nos ocupan –pues la fianza no es medida cautelar adecuada para el aseguramiento de una acción declarativa de condena–, pero sí que puede utilizarse como base legal para traer al proceso a los terceros intervinientes en el negocio cuya declaración de nulidad se pretenderá como objeto civil del proceso penal, y precisamente a los efectos de que puedan acordarse respecto de ellos las medidas cautelares procedentes. Al mismo resultado práctico (llamada durante la instrucción) se puede llegar en los casos en que el perjudicado por el delito dirija su querella también contra esos terceros, pero el Instructor finalmente no les impute formalmente su participación en un delito de alzamiento de bienes.

Una vez llamados, su entrada al proceso les confiere un *status* procesal de parte en sentido pleno, aunque limitado, claro está, al objeto civil del proceso penal (v.g., a efectos de recurso, o a los efectos de determinar las condiciones para que resulte admisible la conformidad)³³. Precisamente en relación con la conformidad debe formularse alguna precisión para los casos en que nos encontremos en el marco del proceso abreviado y pretenda tal conformidad formularse en el escrito de acusación del Fiscal, según permite el art. 791.3 *i.f.* LECrim: en esta situación debe entenderse concurrente un óbice para admitirla por lo que respecta al objeto civil del proceso penal si aún no han sido llamados los terceros, o si precisamente se pretende evitar su llamada y, con ella, su posible oposición al resultado del consenso entre Fiscal y acusado (cfr., dado su carácter supletorio, el art. 655 V LECrim).

³² Cfr. STS de 30 de diciembre de 1983 (RAJ 6764).

³³ Cfr., por todos, MUERZA ESPARZA, *Derecho Procesal Penal* (con DE LA OLIVA, ARAGONESES, HINOJOSA y TOMÉ), *cit.*, págs. 150-151.

En los casos en que se pretenda la declaración de nulidad del negocio sin haber llamado al proceso penal a todos quienes intervinieron en él, entiende la jurisprudencia que concurre un vicio apreciable de oficio por el tribunal penal al dictar sentencia, quien se abstendrá de pronunciarse sobre dicha acción. También ha de ser posible la denuncia del vicio por parte del responsable civil presente en el proceso penal (normalmente, el acusado), y deberá ser el mismo el resultado a que llegue el tribunal tras apreciar a instancia de parte la falta del debido litisconsorcio. Entiende el Tribunal Supremo que en estos casos, respecto del pronunciamiento civil, se produce algo análogo a una absolución en la instancia civil³⁴.

Según nuestro criterio, el del litisconsorcio necesario es un problema de legitimación pasiva plural, y la legitimación una cuestión de fondo, no procesal; por eso, en rigor, la apreciación de su ausencia debería conducir a una sentencia desestimatoria en cuanto al fondo, y no de la instancia –que es lo que entiende el Tribunal Supremo–. A efectos prácticos, las consecuencias de una u otra opción son, afortunadamente, poco relevantes, pues ninguna de las dos posibles resoluciones impide que en un proceso civil posterior se demande la declaración de nulidad del negocio frente a todos los que tomaron parte en él: si hay absolución en la instancia, porque esta resolución no tiene aptitud para producir cosa juzgada; y si hay absolución sobre el fondo, porque la cosa juzgada se proyecta sobre un objeto concreto (la acción de nulidad ejercitada frente a uno solo de los intervinientes en el negocio), siendo así que en el segundo proceso la acción planteada, esta vez frente a todos los litisconsortes, es diversa a la enjuiciada en el proceso penal (límites subjetivos y objetivos de la cosa juzgada).

Por otra parte, debe considerarse cuando menos difícil la traslación al proceso penal del nuevo sistema de integración de litisconsortes necesarios preteridos introducido por la LEC de 2000; no obstante, tampoco puede dejar de apuntarse la posibilidad de denunciar esta ausencia en el marco de los artículos de previo pronunciamiento o de las cuestiones previas (operando una interpretación extensiva), de forma que pudiera el tribunal mandar que se lleve a efecto el llamamiento previsto en el art. 420.3 LEC. Asimismo, tampoco debería rechazarse *a priori* la aplicabilidad en este ámbito de lo previsto en el art. 150.2 LEC (comunicación de oficio de la pendencia del proceso a quienes guarden interés directo con su objeto), destinado a fomentar una intervención voluntaria (litisconsorcial, en este caso) que debería resultar igualmente admisible. El apoyo legal a todas estas propuestas podría radicarse en el carácter supletorio de las normas de la LEC respecto del proceso penal (art. 4 LEC), que encuentra su máxima justificación en las cuestiones que afectan al ejercicio de la acción civil *ex delicto*. De no hacerse así las cosas, será la propia sentencia penal la que rechace pronunciarse sobre la acción de nulidad del negocio.

³⁴ Cfr. STS de 22 de diciembre de 1989 (RAJ 9748).

10. Principio de justicia rogada, error en el contenido de la acción y reserva “tácita” de acciones. Otra cuestión –*rectius*, constatación– que se deriva de la lectura de la jurisprudencia guarda relación con la indiscutible vigencia del principio dispositivo respecto del ejercicio de la acción civil en el marco del proceso penal: no se trata sólo de que el perjudicado pueda renunciar a ella, o reservar su ejercicio para un proceso civil posterior; es que, en este punto, el ámbito de los pronunciamientos posibles que puede efectuar el tribunal penal en la sentencia viene estrechamente marcado por las peticiones que le hayan formulado los legitimados al respecto.

Ya sabemos que legitimados para el ejercicio de esta acción lo están tanto el Ministerio Fiscal como los acusadores particulares o actores civiles. Si ninguno de ellos ejercita esta acción, sería incongruente la sentencia que otorgara su contenido³⁵. Pero es también evidente que basta con que uno de ellos haya solicitado como acción civil la nulidad del negocio para que el tribunal –si procede conforme al Derecho material (porque no hay causa de inatacabilidad) y han sido todos llamados al litigio– pueda concederla: por eso, la actuación del Ministerio Fiscal puede suplir, en este punto, una eventual negligencia del perjudicado.

Ahora bien, también puede suceder que, a la inversa, los sujetos legitimados para el ejercicio de las acciones civiles presentes en el proceso penal no hayan solicitado la nulidad del negocio, sino el pago de la deuda debida (sea o no bajo la veste de “indemnización de daños y perjuicios”), y que el tribunal desestime, por falta de acción, su pretensión en cuanto al fondo. Pues bien, a juicio de la jurisprudencia, debe entenderse que este error en la selección del contenido de la acción civil no es especialmente perjudicial para la posición del acreedor; y es que, invariablemente, al rechazar la indemnización que ascienda al pago de la deuda, se proclama que lo procedente, en su caso, habría sido la declaración de nulidad del negocio jurídico, que podrá ejercitarse aún como proceda y ante quien proceda (= la Jurisdicción civil)³⁶. Y nótese cómo a esta acción no le afectará más plazo de prescripción que el que le sea propio, y que empieza a correr una vez concluso el proceso penal.

Se viene a consagrar con ello una especie de reserva tácita y parcial de acciones civiles, cuya admisibilidad dogmática resulta peculiar: es cierto que la Ley no establece en ningún precepto la posibilidad de reservarse unas y ejercitar otras, aunque tampoco lo excluye; pero debe reconocerse que este resultado no resulta del todo conforme con su voluntad, que es más bien la de que la responsabilidad civil o bien sea completamente decidida en el proceso penal (y precisamente con esa finalidad estira la jurisprudencia el concepto de “reparación” para dar cabida a la acción de nulidad) o bien sea completamente

³⁵ Esto fue lo que sucedió en el supuesto enjuiciado por la SAP Barcelona, Sección 3ª, de 20 de octubre de 1999 (ARP 3321).

³⁶ SSTs de 30 de diciembre de 1983 (RAJ 6764) y de 1 de julio de 1991 (RAJ 5483).

decidida en el proceso civil. Sin embargo, lo que tiene lugar en estos supuestos es una especie de “goteo de pretensiones”, de “ensayo y error”, que al menos merece ser denunciado, aunque también, hasta cierto punto, justificado. En efecto, es cierto –y esto va en descargo del actor civil– que no siempre es sencillo, según se ha visto, determinar el contenido de la acción civil en los procesos por alzamiento de bienes, razón por la cual los errores pueden ser más disculpables. Asimismo, tampoco resulta posible anudar, como sanción a ese goteo de pretensiones, eficacia preclusiva al proceso penal sobre un eventual proceso civil posterior (desde luego, no lo permite el art. 400 LEC); y menos aún puede entenderse que se haya producido una renuncia tácita, la que podría derivarse del ejercicio expreso “como acción civil *ex delicto*”, de una cuyo *petitum* era diverso al de la posteriormente ejercitada ante los tribunales civiles.

11. Indemnización de daños y perjuicios y condena con reserva. Otra de las cuestiones sobre las que debemos llamar la atención del lector se pone de manifiesto cuando el contenido de la acción civil se concreta en la petición de una indemnización de daños y perjuicios. Porque, como ya se vio antes, la cuantificación de los daños en estos casos resulta muy difícil de formular, dado que éstos no se identifican con el importe impagado de la deuda, sino con las consecuencias desfavorables padecidas por el acreedor como consecuencia del alzamiento de bienes.

Pues bien, en este punto, es pauta jurisprudencial la de dejar la cuantificación o liquidación de estos daños para la fase de ejecución de la sentencia; como ya se ha visto, lo máximo a lo que llegan determinadas resoluciones es a señalar un importe máximo a la indemnización: el del beneficio o lucro obtenido por el actor con el negocio o actuación fraudulenta en que se haya materializado el alzamiento de bienes. Este proceder, avalado por el art. 115 CP, el art. 790.5 I y el art. 798.*Primera* LECrim, nos coloca ante una situación en que puede hablarse de “condena con reserva” en grado máximo, de cuya compatibilidad con el art. 360 de la LEC de 1881 no puede dudarse, pero cuyo encaje con el art. 219 de la LEC de 2000 se vislumbra más difícil: en efecto, parece ser voluntad de este precepto la de erradicar la práctica, demasiado frecuente, de reservar para un incidente del proceso de ejecución la cuantificación de los daños y perjuicios a que podía condenar la sentencia; en consecuencia, tienen los tribunales la carga de liquidar el importe de sus condenas, o cuando menos de fijar unas bases que permitan esa cuantificación en ejecución acudiendo a simples operaciones matemáticas, desprovistas de juicios o valoraciones fácticas y/o jurídicas –es decir, para cuya aplicación no resulte preciso practicar prueba alguna–. Cuando esto no sea posible, la cuantificación no podrá efectuarse en ejecución de sentencia, sino que deberá efectuarse en otro proceso declarativo.

Pues bien, cuando se trate de sentencias penales, parece que la condena con reserva sigue estando permitida, pues las “bases” a que se refiere el art. 115 CP no han de ser tan estrictas como las que contempla el art. 219 LEC, y no cabe

excluir que la ejecución del pronunciamiento civil de la sentencia penal requiera de la previa tramitación de un incidente probatorio paradeclarativo; así lo corrobora la redacción del art. 798.*Primera* LECrim, que regula el modo de proceder a la cuantificación de las indemnizaciones ilíquidas asumiendo que resultará precisa la práctica de medios de prueba³⁷.

No es éste, en todo caso, un problema exclusivo de los procesos por alzamiento de bienes, sino que en general es común a todos los procesos penales, a la luz del contenido del art. 115 CP y del art. 798.*Primera* LECrim. En la práctica, por tanto, puede seguir produciéndose en el ámbito procesal penal precisamente la situación combatida en el ámbito procesal civil con el instrumento del art. 219 LEC. Para solucionarlos, sin embargo, no nos parece que pueda trasvasarse al proceso penal la solución del civil, ni siquiera con el argumento de la supletoriedad de la nueva LEC sobre la LECrim en este punto. En primer término, porque la posibilidad de formular condena con reserva aparece no sólo en la LECrim, sino directamente en el Código Penal, respecto del cual la LEC no es supletoria (aunque, atendiendo a un criterio sistemático, debería serlo respecto de aquellas cuestiones que tienen que ver con el ejercicio de acciones): y creemos haber dejado lo suficientemente claro que el art. 115 CP no exige al tribunal penal en la sentencia más que la fijación de “bases”, pero no exige que éstas posean un mínimo grado de concreción, como hace el art. 219 LEC cuando excluye que puedan considerarse como tales aquéllas que requieran de cualquier valoración fáctica. Pero es que, en general, el trasvase del sistema de la LEC en este punto al ámbito procesal penal no dejaría de estar exento de dificultades técnicas muy difíciles de salvar; entre ellas, la más evidente sería la determinación del tribunal (y del orden jurisdiccional) competente para ocuparse del posterior proceso de cuantificación en los casos en que no pudieran fijarse bases precisas en la sentencia penal.

En definitiva, en un plano general –pero que incluye también a los delitos de alzamiento de bienes– la solución al problema descrito pasa por una aplicación más estricta y exigente para con los tribunales penales a la hora de utilizar la facultad que les otorga el art. 115 CP, de forma que efectivamente fijen bases precisas: sólo así se producirá la deseable armonía entre los órdenes jurisdiccionales civil y penal. Y es que resulta ciertamente chocante –y difícilmente justificable– que los tribunales penales quieran asumir en fase declarativa ciertas cuestiones complejas –y la determinación de la nulidad de un negocio jurídico puede serlo– pero, a la vez, pretendan soslayar otras –como la liquidación del importe de una indemnización–, aduciendo el argumento de que

³⁷ Nótese, en todo caso, que este proceder –que ha de vincularse con lo establecido en el art. 790.5 I LECrim– sólo es admisible, en principio, en el marco del procedimiento abreviado. Tratándose de un proceso ordinario por delitos graves, el art. 650 LECrim obliga a determinar “la cantidad en que aprecien los daños y perjuicios causados por el delito”, aunque también resulta posible sostener que, en este punto, el precepto ha de entenderse tácitamente modificado por obra del art. 115 CP, que es ley posterior.

lo relevante es el enjuiciamiento penal: porque entonces se está menospreciando la importancia de la acción civil y, en último término, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva.

12. Tutela cautelar; la anotación preventiva de la querella. No es preciso desplegar especiales esfuerzos argumentativos para demostrar cómo la acción civil ejercitada en el proceso penal puede verse amenazada en su efectividad por determinados riesgos o peligros. Por eso, tampoco creemos que pueda discutirse la necesidad, en abstracto, de que se pueda dispensar tutela cautelar para asegurar la efectividad del pronunciamiento civil de la sentencia penal.

En un plano aún general, ha de recordarse que la LECrim no es ajena a este fenómeno, y trata de conjurar el *periculum in mora* que amenaza a la acción civil a través de lo dispuesto en sus arts. 589 y sigs. Ocurre, sin embargo, que las previsiones legales se revelan claramente insuficientes, pues tan sólo se admiten como medidas cautelares la constitución de embargos (preventivos) y fianzas (o cauciones), a cargo tanto del imputado como de los responsables civiles. Este tipo de medidas cautelares serán adecuadas a los procesos penales por alzamiento de bienes cuando el contenido de la acción civil, por las razones antes estudiadas, consista en la reclamación de una indemnización de perjuicios: en tales casos, podrán aplicarse sin mayores dificultades las normas de la LECrim.

En cambio, cuando se pretende ejercitar la acción declarativa de la nulidad del negocio, no son las expresamente previstas en la LECrim las medidas cautelares más aptas para asegurar la efectividad de la sentencia. Y es que, en estos casos, no se trata de combatir el peligro de una eventual insolvencia del responsable civil para afrontar una condena al pago de sumas de dinero; el peligro que se corre aquí radica en que, al término del proceso, los elementos patrimoniales salidos de la esfera del deudor condenado no puedan volver a ella una vez declarada la nulidad negocial.

En el caso de que el objeto del negocio nulo lo hayan integrado bienes o derechos muebles, lo razonable sería acordar, como medida cautelar, el depósito judicial de los bienes materiales y la orden de retención para los inmateriales. No se trata de medidas cautelares expresamente contempladas por la LECrim; sin embargo, consideramos posible su adopción en el marco de un proceso penal, dado el carácter supletorio de la LEC en este punto (y teniendo en cuenta la especial fuerza expansiva que debe reconocerse al nuevo régimen de las medidas cautelares en dicho texto legal³⁸). Ahora bien, precisamente el carácter supletorio de la LEC obliga a reconocer que el depósito judicial sólo podrá acordarse como medida cautelar si los bienes se encuentran en posesión de persona que resulte demandada en el proceso penal (esto es, en poder de persona frente a la que se

³⁸ Sobre el cual resulta punto de referencia indiscutible el impresionante trabajo de ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, Madrid, 2000.

esté ejercitando la acción civil: cfr. art. 727.3ª LEC); en cuanto a la orden de retención, habrán de entenderse aplicables las previsiones del art. 621 LEC.

Si el negocio cuya nulidad se pretende declarar versó sobre bienes inmuebles, o sobre otros bienes y derechos susceptibles de inscripción registral, el peligro que amenaza a la efectividad de la sentencia pedida por el actor civil es el de que aquéllos sean transmitidos a terceros de buena fe, de modo que su adquisición sea inatacable e irreivindicable. Por eso, en estos casos la medida cautelar adecuada es la anotación preventiva en el Registro (de la Propiedad, para inmuebles; el correspondiente, en los demás casos) de la existencia de un litigio sobre la validez del título transmisivo-adquisitivo, para que cualquier adquirente posterior deba atenerse a las resultas del proceso penal en este punto. En la práctica, en los casos –sin duda los más frecuentes– de negocios sobre inmuebles, a esta anotación se la ha venido denominando “anotación preventiva de querella”, y se la ha considerado como integrada dentro del género de las anotaciones preventivas de demanda a que se refiere el apdo. 1º del art. 42 LH (“El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real”).

Durante un tiempo, a la efectividad de esta singular anotación preventiva se le ha opuesto un importante freno, el de su falta de tipicidad legal: en efecto, en no pocas ocasiones la Dirección General de los Registros y del Notariado se escudó, para justificar su rechazo, en el argumento de que nuestra legislación contiene un sistema de *numerus clausus* en materia de anotaciones preventivas, que no incluía entre sus posibles objetos a una querella³⁹. Sin embargo, el obstáculo parece superado en la actualidad, y tanto la jurisprudencia⁴⁰ como la propia Dirección General de los Registros y del Notariado⁴¹ han venido admitiéndola sin especiales dificultades en los últimos tiempos.

³⁹ Así, cfr. la Resolución de 1 de abril de 1991 (RAJ 3127), cuyo contenido es reproducido en las de 9, 10 y 11 de diciembre de 1992 (RAJ 10607, 10608 y 10609, respectivamente).

⁴⁰ Cfr. AAP Santa Cruz de Tenerife de 17 de noviembre de 1994 (ARP 1970) y AAP Barcelona de 27 de junio de 2000 (Actualidad Penal @112).

⁴¹ En este sentido, cfr. RDGRN de 28 de noviembre de 1998 (RAJ 9450); llama especialmente la atención la Resolución de 29 de diciembre de 1999 (RAJ 9427), en la que, curiosamente, y ante la imposibilidad de hacer efectiva la cancelación de la inscripción frente a terceros de buena fe, la DGRN reprocha al recurrente no haber solicitado durante la tramitación del proceso penal la anotación preventiva de la querella... Con gran claridad se manifiesta la Resolución de 13 de noviembre de 2000 (Actualidad Civil R45): “Ciertamente es doctrina de este Centro Directivo, basada en el propio artículo 42 Ley Hipotecaria, que no cabe reflejar registralmente por vía de anotación preventiva la mera interposición de querella criminal. Ahora bien lo anterior no implica que cuando en la querella se hace valer no sólo la acción penal sino también la civil, quede vedada en todo caso la vía de la anotación preventiva para hacer constar registralmente el ejercicio de esta última. Por el contrario, si se analiza el artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria, se advierte que el objeto de la anotación en tal precepto contemplada, es el «demandar en juicio la propiedad de los bienes inmuebles o la constitución, modificación, transmisión o extinción de un

Existe, sin embargo, una cuestión que no debe pasar inadvertida, y que merece al menos unas breves consideraciones. Se trata del momento en que se entiende ejercitada la acción civil en el proceso penal y su relación con la admisibilidad de la anotación preventiva de la querella. En efecto, parece pacíficamente admitido que es en los escritos de acusación o calificaciones provisionales en los que, por primera vez, se afirma y ejercita en sentido propio la acción civil en el proceso penal⁴² (esto es, que tales actos constituyen el vehículo para la pretensión, como acto de afirmación de una acción civil⁴³). Son así éstos, en puridad, los actos que, en los procesos penales por delito, deben equipararse a la demanda en el ámbito del proceso civil.

Pues bien, siendo así las cosas, debe repararse en el dato de que las medidas cautelares reales adoptadas durante la instrucción no serían sino medidas cautelares *ante demandam*, y esto –tomado en un sentido literal– podría constituir un óbice insalvable para la admisibilidad de la anotación preventiva de querella: y es que nadie discute que para anotar preventivamente una demanda es preciso que la demanda exista, esto es, que la anotación preventiva de demanda no es una medida cautelar adoptable *ante demandam*⁴⁴; y si la anotación preventiva de la querella pretende admitirse proclamando el carácter especular de la querella

derecho real inmobiliario», esto es, el ejercicio de la acción de trascendencia real inmobiliaria, siendo indiferente el procedimiento a través del cual se hace aquella valer y, consiguientemente, el vehículo formal que para ello se emplee (demanda o querella). Si a lo anterior se añade: a) Que la ejecución de un delito tipificado por la Ley obliga a reparar civilmente los daños causados; b) Que las acciones civiles que nacen de un delito o falta pueden ejercitarse junto con las penales (...); c) Que la actuación de la responsabilidad civil derivada del delito puede conducir a que el Tribunal Penal declare la nulidad de un título inscrito en el Registro, con todas las consecuencias que ello lleve aparejado, como reiteradamente tiene mantenido el Tribunal Supremo (...); habrá de concluirse que ningún obstáculo existe para hacer constar por vía de anotación preventiva el ejercicio en la querella criminal de la acción civil derivada del delito si esta acción, como ahora ocurre, tiene efectiva trascendencia real (...), a fin de garantizar en el ámbito registral la efectividad del pronunciamiento judicial que en su día se dicte; siendo preciso, en todo caso que del mandamiento resulte el contenido de la acción civil ejercitada o se adjunte al mismo el texto de la querella que se recoja el correspondiente suplico [*sic*], pues, como se ha señalado, no es la mera interposición de la querella sino el ejercicio a través de ella de una acción civil de trascendencia real, lo que efectivamente se anota”.

⁴² Por todos, cfr. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Penal* (con HERCE), *cit.*, pág. 236; GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal* (con MONTERO, MONTÓN y BARONA), *cit.*, pág. 253; GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal* (con MORENO y CORTÉS), *cit.*, pág. 233; TOMÉ GARCÍA, *Derecho Procesal Penal* (con DE LA OLIVA, ARAGONESES, HINOJOSA y MUERZA), *cit.*, pág. 477; FONT SERRA, *La acción civil en el proceso penal*, *cit.*, págs. 89-91.

⁴³ DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal. Introducción*, con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y VEGAS TORRES, Madrid, 1999, pág. 91.

⁴⁴ Por todos, cfr. GASCÓN INCHAUSTI, *La adopción de las medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Barcelona, 1999, pág. 35.

respecto de la demanda, ha de reconocerse que el argumento no es sostenible⁴⁵. Porque en el concepto jurídico “anotación preventiva de demanda” que maneja el art. 42.1º LH, el término “demanda” ha de entenderse como instrumento o vehículo para el ejercicio judicial de un derecho⁴⁶, y resulta que la querella no encierra aún tal ejercicio, por cuanto se estima que es posteriormente, en los actos de calificación provisional o acusación, donde esto sucede.

El problema, sin embargo, puede salvarse acudiendo a una interpretación teleológica. En el ámbito del proceso civil, es indudable que es el solicitante de la medida cautelar quien tiene el control del momento de la interposición de la demanda; entre su voluntad de ejercicio de la acción y el ejercicio mismo no tiene por qué interponerse obstáculo alguno. No sucede lo mismo, en cambio, con la acción civil que pretenda ejercitarse en el proceso penal: para llegar al momento de afirmación *stricto sensu* de la acción civil es precisa la previa tramitación de una instrucción, cuyas dilaciones son sobradamente conocidas; siendo así que la querella constituye manifestación suficiente de la voluntad de ejercitar la acción civil, es indicio de que, de no existir el proceso penal, ya se habría presentado la demanda ante la Jurisdicción civil. Por eso, no es insensato considerar que, a estos efectos, la querella tiene virtualidad suficiente para equipararse a una demanda: lo contrario supondría dejar expuesto a riesgo al querellante durante un periodo dilatado de tiempo; o bien, para evitar tal resultado, quedaría éste obligado a interponer una demanda civil de forma paralela al proceso penal, demanda civil cuya anotación preventiva podría obtenerse pero que estaría condenada a la suspensión por mor de lo dispuesto en el art. 114 LECrim.

Ahora bien, constatado lo anterior, no sería del todo ilógico sujetar la anotación preventiva de querella a ciertas reglas que afectan a las medidas cautelares *ante demandam* (v.g., la regla de responsabilidad objetiva por daños y perjuicios en caso de renuncia posterior a la acción civil; la posibilidad de conservarla interinamente una vez terminado el proceso penal por sobreseimiento si en un breve plazo se ejercita la acción civil *ex delicto* ante la jurisdicción civil).

Al margen de la anotación preventiva de querella, se han admitido también otras posibles medidas cautelares en aseguramiento de la efectividad del pronunciamiento civil declarativo de la nulidad del negocio en que se materializó el alzamiento de bienes. Así, en algún caso, se ha decretado la prohibición de

⁴⁵ Y así, de hecho, parece apuntarlo también la RDGRN de 1 de abril de 1991 (RAJ 3127), cuando señala que “la querella, en la que el ejercicio de la acción penal cabe conjuntamente con el de la civil, no puede equipararse a la demanda en juicio civil de nulidad o eficacia de títulos inscritos”.

⁴⁶ Y por eso mismo, en sentido extensivo, no se exige que se trate en todo caso de una demanda “civil”, habiéndose admitido también la anotación preventiva de demandas contencioso-administrativas (cfr. RDGRN de 12 de diciembre de 1997, RAJ 8823), o de demandas de amparo ante el Tribunal Constitucional (ATC 164/1996, de 24 de junio y ATC 115/1996, de 30 de abril).

disponer de las cosas objeto del negocio cuya nulidad pretende declararse, prohibición a cuyo aseguramiento se ha proveído mediante la correspondiente anotación preventiva de prohibición de disponer al amparo del apdo. 4º del art. 42 LH⁴⁷.

Y es que, en general, con la entrada en vigor de la nueva LEC, ha de quedar claro que el principio rector de nuestro Ordenamiento en este punto es el de la máxima efectividad de la tutela cautelar, de modo que las literalidades o singularidades expresivas de las leyes anteriores no tienen por qué ser obstáculo para la adopción de las medidas de aseguramiento que resulten necesarias: y este criterio ha de ser plenamente trasladado al ámbito de la acción civil ejercitada en el proceso penal.

En cualquier caso, y al margen de todas las consideraciones anteriores, debe recordarse que la adopción de estas medidas cautelares está en todo caso sujeta a la constatación de la concurrencia de sus presupuestos tradicionales (*periculum in mora* y *fumus boni iuris*), a los que debe añadirse, dado el singular marco de ejercicio de la acción civil, el de la apariencia delictiva: al fin y al cabo, sin dicho presupuesto, no puede producirse el avance del proceso penal hasta la fase de juicio oral y no puede contarse con la previsible existencia de sentencia con pronunciamiento civil favorable al solicitante de las cautelas, cuyo aseguramiento constituye la razón de ser de éstas⁴⁸.

⁴⁷ Así se decretó por el AAP Barcelona de 27 de junio de 2000 (*Actualidad Penal* @112).

⁴⁸ En doctrina, cfr. por todos PEDRAZ PENALVA, *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*, Madrid, 1985 y ARANGÜENA FANEGO, *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Barcelona, 1991, esp. págs. 25 y sigs.; en jurisprudencia, cfr. el AAP Huesca de 12 de marzo de 1996 (ARP 835), en el que se deniega la anotación preventiva de querrela ante la insuficiencia de los indicios de criminalidad.